

Sygn. akt: KIO/UZP 409 /08

WYROK
z dnia 19 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o., ul. Raclawicka 56, 30-017 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa** protestu z dnia **14 kwietnia 2008 r.** przy udziale

Lumena SA ul. Reja 6, 02-053 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz

Konsorcjum Firm: S&T Services Polska Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Młynarska 48, 01-171 Warszawa,

Konsorcjum B3System S.A. (Lider Konsorcjum), WOLA Info S.A. oraz IT Export Sp. z o. o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa

Konsorcjum Makronet Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), ZETO Rzeszów Sp. z o.o., MCSI Ltd Sp. z o.o. oraz PW PRIMA Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa,

Konsorcjum Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o. o. (Konsorcjum ZETO) (Lider Konsorcjum) oraz Systemics Poland Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum, ul. 4 marca 38, 75-708 Koszalin

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonej części oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe KONCEPT Sp. z o.o. ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa** na rzecz **Biura Informatyczno – Wdrożeniowego KONCEPT Sp. z o.o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Biura Informatyczno – Wdrożeniowego KONCEPT Sp. z o.o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków.**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę serwerów do obsługi brokera lokalnego ADS xp oraz sprzętu informatycznego do obsługi kopii bazy operacyjnej i CEP-S” (45/BAF-VI/PN/07) zostało wszczęte przez Zamawiającego, tj. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, ul. Stefana Batorego 5, 02-591 Warszawa ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 237-288318 w dniu 08.12.2007 r.

W toku toczącego się postępowania Zamawiający w dniu 07.04.2008 r. poinformował faxem powiadomieniami Biuro Informatyczno – Wdrożeniowego „KONCEPT” Spółka z o. o., ul. Raławicka 56, 30-017 Kraków zwane dalej: „Protestującym lub Odwołującym” o:

1. odmowie odtajnienia oferty złożonej przez konsorcjum reprezentowane przez S&T Services Polska Sp. z o.o.;

2. sprostowaniu omyłek pisarskich w ofertach złożonych przez Wykonawców:

- Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o. o. oraz Systemics Poland Sp. z o.o. (zwany dalej: „konsorcjum ZETO”);
- S&T Services Polska Sp. z o.o. oraz MALKOM D. Malińska i Wspólnicy Sp. j. (zwany dalej: „konsorcjum S&T Services”);
- Qumak-Sekom S.A.;
- Makronet Sp. z o.o., ZETO Rzeszów Sp. z o.o.; MCSI Ltd Sp. z o.o. oraz PW PRIMA Sp. z o.o. (zwany dalej: „konsorcjum MAKRONET”);
- ZSK Sp. z o. o.;
- B3System S.A., WOLA Info S.A. oraz IT Export Sp. z o. o. (zwanym dalej: „konsorcjum B3 System”).

W nawiązaniu do powyższych powiadomień Protestujący w dniu 14.04.2008 r. złożył protest na w/w czynności Zamawiającego na podstawie art. 179 i 180 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej Pzp. Zarzucił jemu naruszenie zasad i przepisów zawartych w art. 8 ust.3 oraz art. 87 ust. 2 Pzp. Wniósł o:

1. dokonanie odtajnienia oferty złożonej przez konsorcjum S&T Services;
2. anulowanie decyzji o poprawieniu omyłek pisarskich w/w ofertach.

Wykazując możliwość naruszenia swojego interesu prawnego, wyjaśnił iż uważa, że w przypadku utajnienia oferty konsorcjum S&T Services, Protestujący nie może zweryfikować poprawności tej oferty, zaś pierwotna treść oferty w których Zamawiający dokonał zmian jest według niego sprzeczna z treścią SIWZ, a zatem uznanie prawidłowości poprawy omyłek pozbawiłoby Protestującego możliwość oprotestowania błędnych ofert.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust.3 Pzp. Protestujący stwierdza, iż miało to miejsce w zakresie błędnej interpretacji zapisów art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) zwanej dalej u.z.n.k., a w konsekwencji odmowy udostępnienia wykonawcom jednej ze złożonych ofert.

Uważa, iż wyjaśnienia Zamawiającego z pisma BAF-VI/2374/689/JC/08 odnośnie uznania, że wyjaśnienia konsorcjum S&T Services wykazały jednocześnie łączne zachowanie wszystkich przesłanek art. 11 ust.4 u.z.n.k za niezrozumiałe. Wskazuje, że przepis wbrew temu co twierdzi Zamawiający w/w piśmie nic nie mówi o ujawnianiu informacji do publicznej wiadomości „jako całość”, bądź też o traktowaniu tych informacji jako „spójnej całości”. Uznaje niniejsze działanie Zamawiającego za nadinterpretację, mającą na celu utajnienie informacji, którym nie należy się taki przymiot.

Ponadto, Protestujący kwestionuje zasadność zastrzeżenia przez konsorcjum S&T Services części oferty zawierającej ofertę techniczną, wymagane testy wydajnościowe urządzeń oraz dokumenty poświadczające autoryzację producentów oferowanych urządzeń. Wskazuje na fakt, iż testy wydajnościowe (w szczególności testy SPEC oraz TPC) są publikowane na stronach internetowych organizacji odpowiednio Standard Performance Evaluation Corporation (SREC) i Transaction Processing Performance Council (TPC), czyli są ujawnione do publicznej wiadomości. Biorąc powyższe pod uwagę, uznaje że utajnienie informacji nastąpiło z naruszeniem obowiązujących przepisów, zatem zastrzeżenie zakazu ich udostępnienia jest bezskuteczne. W tym miejscu, powołując się na tą okoliczność przytacza uchwałę Sadu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt.: III CZP 75/05).

Odnosnie naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp, w zakresie sprostowania omyłek pisarskich w sposób całkowicie sprzeczny z zasadami określonymi w Pzp, Protestujący wyjaśnia, iż polegało to na zmianie nazwy oferowanych przez Wykonawców (sześciu z jedenastu, którzy złożyli oferty) serwera bazodanowego do obsługi kopii bazy danych z „Systemu p5 9116, Model 51A, IBM” na „System p5 9110, Model 51A, IBM”. W ocenie Protestującego, brak było podstaw do rozpatrywania powyższych zapisów ofert w kategorii omyłki pisarskiej, a w szczególności jako oczywistej omyłki pisarskiej. Zauważa, iż każdy z Wykonawców zobowiązał się do dostarczenia sprzętu dokładnie wyspecyfikowanego w treści złożonej oferty, natomiast Zamawiający swoim działaniem doprowadził do zmiany treści oferty (patrz art. 87 ust.1 Pzp). Protestujący powołując się na wyroki ZA (sygn. akt: UZP/ZO/0-3439/05; sygn. akt: UZP/ZO/0-8/05), jak również wyrok SO w Warszawie (sygn. akt: V Ca 1514/02) oraz Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego (UZP, 2004, str. 216) stwierdza, iż warunkiem dopuszczalności poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej jest zarówno jej „oczywistość” zdefiniowana jako nie wymagająca żadnego dowodu pewność co do jej istoty, jak i brak wpływu poprawki na treść oferty.

Protestujący, uważa, iż domniemane pomyłki w ofertach bez wątpienia nie są oczywiste. Zaoferowano w poprawionych ofertach serwer IBM serii p o oznaczeniu 9116 model 51A (w nomenklaturze producenta: 9116-51A). Protestujący uważa, iż Zamawiający arbitralnie przyjął ze omyłka nastąpiła w pierwszej części nazwy serwera, tj. zamiast cyfry 0 wpisano cyfrę 6. Wskazuje w tym miejscu na fakt, iż producent posiada w swej ofercie w tej samej rodzinie „p” zarówno serwer o jednym, jak i drugim oznaczeniu. Z powyższych powodów, Protestujący, jest zdania, iż nie można w sposób oczywisty i nie budzący żadnych wątpliwości, uznać, czy Wykonawcy pomylili się w pierwszej części nazwy, czy też w drugiej (zamiast 9116-561 omyłkowo zamienili oznaczenie 561 na 51A). Niniejsza kwestia musiałaby być przedmiotem szczegółowych badań i wyjaśnień, zatem nie może tu być mowy o oczywistości.

Dodatkowo, sprostowanie omyłki prowadzi do zmiany treści oferty, a w szczególności do zmiany określonego w ofercie rozmiaru świadczenia oferenta. Protestujący wyjaśnia, iż serwer oferowany pierwotnie jest 7-krotnie droższy. Wobec powyższego, poprawienie omyłki niesie za sobą znaczące zmiany rozmiaru świadczenia oferentów.

W dniu 15.04.2008 r. Zamawiający faxem przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

Do postępowania protestacyjnego przyłączyli się faxem w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego następujący Wykonawcy: w dniu 15.04.2008 r.- konsorcjum B3 System; a w dniu 17.04.2008 r. - konsorcjum S&T Services; Qumak-Sekom S.A. i konsorcjum ZETO.

Ponadto, w dniu 17.04.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego przyłączył się następujący Wykonawca: konsorcjum MAKRONET:

- do części zarzutów po stronie Zamawiającego (sprostowania omyłki pisarskiej w złożonej przez siebie ofercie)
- do części zarzutów po stronie Protestującego (nie odtajnienia oferty złożonej przez konsorcjum S&T Services).

W dniu 17.04.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego przyłączył się również w zakresie zarzutów po stronie Protestującego następujące firmy: ComArch S.A., oraz w dniu 18.04.2008 r. konsorcjum BETACOM (Betacom S.A. oraz NetLine Group Sp. z o. o.) i konsorcjum LUMENA S.A.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – konsorcjum B3 System zażądało oddalenia protestu, wykazało możliwość doznania naruszenia interesu prawnego w razie jego uznania przez Zamawiającego, zwłaszcza odnośnie oczywistej omyłki. Powołując się na art. 87 ust.2 Pzp oraz pismo z dnia 21.03.2008 r., w którym poinformował o okolicznościach, które spowodowały zaistnienie omyłki, co było podstawą jej poprawienia przez Zamawiającego, potwierdza iż jego oferta spełnia wymagania SIWZ i uznaje, iż brak jest podstaw do uznania zarzutów Protestującego.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – konsorcjum S&T Services wniosło o oddalenie protestu jako bezzasadnego. Podniósł, iż uwzględnienie protestu może spowodować odrzucenie jego oferty i w rezultacie doprowadzić do utracenia możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – Qumak-Sekom S.A. wniosło o oddalenie protestu, wykazało możliwość doznania naruszenia interesu prawnego w razie jego uznania przez Zamawiającego, zwłaszcza odnośnie oczywistej omyłki. Powołując się na art. 87 ust.2 Pzp oraz pismo z dnia 21.03.2008 r., w którym poinformował o okolicznościach,

które spowodowały zaistnienie omyłki, co było podstawą jej poprawienia przez Zamawiającego, potwierdza iż jego oferta spełnia wymagania SIWZ i uznaje, iż brak jest podstaw do uznania zarzutów Protestującego.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – konsorcjum ZETO wniosło o oddalenie protestu, wykazał interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na korzyść Zamawiającego, jako że Przystępujący złożył ważną, zgodną z SIWZ ofertę, która może zostać wybrana jako najkorzystniejszą, tak aby Zamawiający mógł kontynuować postępowanie. Odnosząc się merytorycznie do kwestii sprostowania omyłki, uważa że zmiana oznaczenia serwera bazodanowego, nie doprowadziło do zmiany treści złożonych ofert. Wskazał, iż parametry zaoferowane w jego ofercie odnoszą się do serwera oznakowanego jako System p5 9110 model 51A, IBM i spełniają wymogi Zamawiającego wyspecyfikowane w SIWZ. Zauważa ponadto, iż omyłkowo przywołany w ofercie model „System p5 9116 model 51A, IBM” nie istnieje. Na potwierdzenie swego stanowiska powołuje się na załączony do przystąpienia wyrok ZA z dnia 14.12.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2907/06, który stwierdza, iż za oczywistą omyłkę pisarską można uznać błędnie podaną nazwę oferowanego produktu tylko wtedy gdy taki produkt rzeczywiście nie istnieje.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – konsorcjum MAKRONET wniosło o oddaleni protestu w zakresie zarzutów odnoszących się do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w jego ofercie, a uwzględnienie w zakresie zarzutu nieodtajnienia oferty konsorcjum S&T Services. Wykazując swój interes prawny powołało się na fakt, iż jego oferta jest ważna i ma on szansę na realizację zamówienia. Odnosząc się merytorycznie przedstawiło m.in. definicje oczywistej omyłki pisarskiej, jako „widocznie mylną pisownie wyrazu, ewidentny błąd gramatyczny, niezamierzone opuszczenia wyrazu lub jego części” z Komentarza pod redakcją T. Czajkowskiego, wyd. III, UZP, W-wa 2007, str.299. Powołało się także na swoje wyjaśnienia z dnia 21.03.2008 r. Stwierdziło, iż jej poprawienie nie spowodowało zmiany treści oferty oraz nie doprowadziło do zmiany określonego w ofercie rozmiaru świadczenia wykonawcy. Ponadto, Przystępujący – konsorcjum MAKRONET przywołało wyrok ZA z dnia 06.01.2005 r., sygn. akt:UZP/ZO/0-2331/04, który jego zdaniem odnosi się do analogicznej sytuacji. Względem tajemnicy przedsiębiorstwa, powołuje się na pismo Zamawiającego z dnia 16.04.2008 r., w którym wyjaśniał, iż po uzyskaniu wyjaśnień od konsorcjum S&T Services uznał, że w/w konsorcjum wykazało jednoczesne łączne zachowanie wszelkich przesłanek art. 11 ust.4 u.z.n.k. Z powyższego pisma uzyskał także wiedzę, iż konsorcjum S&T Services zastrzegło część oferty zawierającą ofertę techniczną, testy wydajnościowe urządzeń oraz dokumenty poświadczające autoryzację producentów oferowanych urządzeń. Jego zdaniem, zastrzeżone informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż są to tylko informacje wybrane przez Wykonawcę jako niejawnie dla potrzeb konkretnego postępowania o których każdy konkurent może dowiedzieć się na

zwykłej i dozwolonej drodze. Odnosząc się do samej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przywołało wyrok SN z 03.10.2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00, aby wykazać, iż utajniona informacja w swej istocie nie mają takiego przymiotu. Wyjaśnia, iż określona informacja może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1) ma charakter: a) techniczny – odnoszący się do celowego, racjonalnego oraz opartego na teorii sposobu wykonywania oraz w jakiejś dziedzinie lub b) technologiczny - dotyczący najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania (zgodnie z wyrokiem SN I CKN 304/00 OSNC 2001/4/59) lub c) handlowy - dotyczy komercyjnej strony działalności przedsiębiorstwa, czyli całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym lub d) organizacyjny - odnosząc się do zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa jego wewnętrznej struktury organizacji działania. Niniejsze pojęcie precyzują E. Nowińska i M. du Vall (Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2001) stanowiąc, że informacja ta musi być istotna z punktu widzenia funkcjonowania przedsiębiorstwa, czyli dotyczyć np. struktury przedsiębiorstwa, przepływu dokumentów, sposobu kalkulacji cen, zabezpieczenia danych;

2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej - co zgodnie z poglądem E. Nowińskiej i M. du Vall wyrażonym w Komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Warszawa 2001, str. 89) nie musi oznaczać, że informacje mogą być znane wyłącznie jednej osobie, a wręcz przeciwnie - mogą być znane większej liczbie osób, jednakże zobowiązanych do przestrzegania tajemnicy, tak by ta ostatnia nie była dostępna dla osób postronnych, które ze względu na prowadzoną działalność były zainteresowane jej posiadaniem. Dodatkowo informacja nieujawniona do wiadomości publicznej straci ochronę prawną, gdy inny konkurent będzie mógł dowiedzieć się o niej zwykłą, dozwoloną drogą.

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności - SN, stwierdził Przystępujący – konsorcjum MAKRONET, w wyroku z dnia 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich stron. Przystępujący – konsorcjum MAKRONET powołał się także na inne orzeczenia: wyrok Sądu Najwyższego z 03.04.2002 r., sygn. akt V KKN 223/2000, publ. w PiP z 2003 r. nr 11/113; wyrok Sądu Najwyższego z 05.09.2001 r. sygn. akt I CKN 1159/00 publ. OSNC z 2002 r. nr 5 poz. 67.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – ComArch S.A. uznał, że protest powinien być uwzględniony w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do sprostowania

omyłek pisarskich. Wykazując swój interes prawny, stwierdził, iż ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a jego oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – konsorcjum BETACOM wniosło o uwzględnienie protestu w całości. Wykazując swój interes prawny, stwierdziło że w przypadku nie uznania protestu przez Zamawiającego, może zostać pozbawione możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ramach przyłączenia do protestu, Przystępujący – Lumena S.A. wskazała, iż ma interes prawny w uwzględnieniu protestu, tak aby w wyniku tego jego oferta okazała się najkorzystniejsza.

Kopie niniejszych przystąpień zostały stosownie przekazane Protestującemu w tych samych dniach.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło przez Zamawiającego faxem w dniu 24.04.2008 r. poprzez jego oddalenie w całości.

Względem pierwszego zarzutu, Zamawiający wyraża opinie, iż tajemnica przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności. Uważa, iż bezsprzecznie nie można utajniać informacji wynikających z art. 86 ust. 5 Pzp, tj. firmy, adresy Wykonawcy, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. W pozostałym zakresie, w tym odnośnie stosowania ust. 3 niniejszego artykułu odwołuje się do istniejącego orzecznictwa.

Po pierwsze, przywołuje wyrok SN z dnia 28.02.2007 r. (sygn. akt: V CSK 444/06), zgodnie z którym tajemnicą przedsiębiorstwa (na podstawie u.z.n.k.) są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.

Po drugie, wyrok SN z dnia 05.09.2001 r. (sygn. akt: I CKN 1159/00), w którym stwierdza się, że przepis art. 11 ust. 1 i 4 u.z.n.k. wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. W tym miejscu, Zamawiający wskazuje przykładowo, iż nie można zastrzec ujawnienia informacji, które są dostępne na podstawie odrębnych przepisów np. zawartych w KRS. Ponadto, wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach (wyrok SO w Warszawie, sygn. akt V Ca 421/07), dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie sądu antymonopolowego z dnia 15.05.1996 r., sygn. akt: XVII Amz 1/96) oraz dane zawarte w PIT -5 i F-01 – sprawozdaniu finansowym obrazujące zarówno aktywa, jak i pasywa oferentów, dochód, zyski, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe (wyrok z dnia 10.07.2002 r., sygn. akt: XVII Ama 78/01).

Zamawiający powołując się na uchwałę SN z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05 oraz wyroki ZA z dnia 16.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-19/06, z dnia 20.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-111/06, z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-180/06 stwierdza także, iż jest zobowiązany zbadać skuteczność dokonanych przez oferenta zastrzeżeń dotyczących zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, a następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. W tym względzie, Zamawiający wnioskuje, iż z uwagi na wymierny interes handlowy Wykonawcy, wszelkie informacje stanowiące w ocenie Wykonawcy tajemnice przedsiębiorcy, winny być bez żadnych wątpliwości zastrzegane, albowiem samo wykonanie zastrzeżenia, nawet niezgodnego z prawem, nie skutkuje niezgodnością z Pzp, które powodowałyby konieczność odrzucenia oferty, a tylko nakłada obowiązek stwierdzenia bezskuteczności takiego zastrzeżenia.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wyjaśnił, iż dokonał badania skuteczności zastrzeżenia części oferty konsorcjum S&T Services i w jego opinii zastrzeżenie opisu oferty technicznej, wymaganych testów wydajnościowych oraz dokumentów poświadczających autoryzację producentów jest dopuszczalne. Podzielił w tym zakresie pogląd konsorcjum, iż takiego rodzaju informacje należy rozpatrywać jako jedną spójną całość, określającą parametry oferowanych urządzeń, jak również nierozdzielnie powiązane z tymi urządzeniami testy określające ich wydajność oraz dokumenty potwierdzające autoryzację producentów tychże urządzeń. Ewentualne ujawnienie nawet wrywkowe, może doprowadzić w mniemaniu konsorcjum i Zamawiającego pośrednio do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, co do których to informacji Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zamawiający wyjaśnił, iż rozwiązania sprzętowe konsorcjum zostały dopasowane do jego wymagań, jednakże Wykonawcom pozostawiono możliwość samodzielnego dobrania konfiguracji określonego sprzętu, jak i oprogramowania np. poprzez dopuszczenie samodzielnego dopasowania ilości oferowanych licencji do oferowanych serwerów do obsługi bazy danych. Dodatkowo, wskazał, iż wymagał od Wykonawców dokładnego wyspecyfikowania oferowanych parametrów, a nie jedynie potwierdzenia spełniania ich wymagań minimalnych. Co do efekt tego rodzaju pracy Wykonawcy, jak stwierdza Zamawiający, zostały podjęte odpowiednie działania w celu zachowania ich poufności.

Zamawiający wskazuje za orzecznictwem SN (orzeczenie SN – Izba Cywilna z dnia 06.06.2003 r., sygn. akt: IV CKN 211/01; orzeczenie SN z dnia 03.10.2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczenie SN z dnia 05.09.2001 r., sygn. akt: I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67), iż informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób

zobowiązanych do zachowania tajemnicy (np. pracownicy, współpracownicy). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Ponadto: „Art. 11 ust. 1 u.z.n.k. uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wypływem danych. Wybór informacji, które mają zostać objęte poufnością, należy oczywiście do przedsiębiorcy, jednakże wybór ten co do stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.)” - wyrok SN z dnia 05.09.2001 r. (sygn. akt: I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67).

W dalszej części rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający powołuje się na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok SN z 03.10.2003 r., sygn. akt: I CKN 304/00) oraz powołane już wcześniej postanowienie sądu antymonopolowego z dnia 15.05.1996 r., sygn. akt: XVII Amz 1/96, konkludując, iż co do zasady za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje dostępne dla zainteresowanych na zwykłej dozwolonej drodze.

Następnie uznaje, iż informacje zastrzeżone przez konsorcjum S&T Services zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.). Powyższe informacje zostały przygotowane przez pracowników konsorcjum S&T Services. Wykorzystano również materiały pochodzące od dostawców i partnerów, odnośnie których firmy są związane klauzulami poufności. Zamawiający stwierdza, iż tajemnica przedsiębiorstwa to całość informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych i innych, które są niezbędne do wytworzenia określonego produktu posiadając tym samym wartość handlową. Znajomość kilku elementów nie decyduje o powszechnej znajomości konkretnego rozwiązania technologicznego. Ponadto, stwierdza, że utajnione informacje nie są znane ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom trzecim nie zobowiązanym do zachowania poufności. Zamawiający wyjaśnia, iż utajnione informacje, nawet w wypadku ujawnienia ich fragmentu mogłyby stanowić podstawę wiadomości na temat całości. Nadto, powołując się na wyjaśnienia konsorcjum S&T Services, przedstawia, iż stosowane są u w/w konsorcjum zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa: 1) system zarządzania jakością ISO 9001:2000; 2) klauzule poufności w umowach z pracownikami oraz osobami i instytucjami współpracującymi, klauzule poufności w umowach handlowych, które dotyczą kontrahentów, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentami. Wskazuje także, iż w przedmiotowym zamówieniu

konsorcjanci związani są wzajemną klauzulą poufności, która obejmuje zarówno drugiego kontrahenta, jak i pracowników oraz osoby współpracujące z kontrahentem.

Zamawiający przytacza także, stanowisko konsorcjum S&T Services, w którego mniemaniu dane zamieszczone w zastrzeżonej części oferty stanowią niezwykle znaczącą wartość, a bez zachowania poufności tych danych Wykonawcy wchodzący w skład w/w konsorcjum nie mogliby skutecznie konkurować na wolnym rynku. Zastosowane środki odpowiadają wartości biznesowej i potencjałowi szkody dla działalności biznesowej, które mogłyby być wynikiem braku zabezpieczeń w tym ujawnienia zastrzeżonych danych. Utajnione dane nie są jako całość udostępniane do wiadomości publicznej i jako całość nie są znane ogółowi, są one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, kontrahentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden inny przedsiębiorca nie ma możliwości dostępu do ich treści w zwykły sposób.

Zamawiający powołuje się także w swoim rozstrzygnięciu na orzeczenie ZA z dnia 16.11.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-2769/06, UZP/ZO/0-2787/06, UZP/ZO/0-2788/06, które potwierdza słuszność zastrzegania części oferty jako tajemnicy handlowej. Z treści uzasadnienia, zdaniem Zamawiającego wynika, iż w badaniu słuszności i zasadności zastrzegania fragmentu bądź fragmentów oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uwzględnić jaką całość tego rodzaju informacje stanowią. Jego zdaniem Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, że z jednostkowych informacji na temat oferowanego sprzętu, pozostali uczestnicy postępowania mogą wywieść jakiego rodzaju rozwiązania techniczne oraz na jakich warunkach handlowych, konsorcjum S&T Services oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia.

Względem drugiego zarzutu, Zamawiający stwierdza, że powszechnie przyjmuje się, że ma ona miejsce, tj. oczywista omyłka pisarska w przypadku wystąpienia mylnej pisowni wyrazu, ewidentnego błędu gramatycznego, niezamierzonego opuszczenia wyrazu lub jego części. Powołując się na „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod redakcją T. Czajkowskiego”, wyd. III, UZP, W-wa 2007, str. 299 wskazuje, iż poprawienie przez Zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej i omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny jest obligatoryjne.

W dalszej części analizuje przedmiotowy stan faktyczny z uwzględnieniem orzecznictwa ZA (wyrok ZA z dnia 06.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2331/04; wyrok ZA z dnia 12.12.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2907/06).

W pierwszym wypadku: „Zespół Arbitrów uznał, iż oznaczenie urządzenia symbolem PIX 515 w dwóch wskazanych załącznikach należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską. Ustawa nie definiuje pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej. W tym konkretnym stanie faktycznym, zdaniem Zespołu Arbitrów nie ma wątpliwości, że wola Wykonawcy było użycie do realizacji tego zamówienia urządzeń oznaczonych symbolem PIX 525 i koszt tych

urządzeń był ujęty w cenie oferty, a nie urządzeń PIX 515”. „Zespół Arbitrów podziela pogląd, iż przepis art. 87 ust. 1 ustawy przyznaje Zamawiającemu uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. W przypadku tego rodzaju niedokładności jak w treści oferty Odwołującego się uzasadnione było ich wyjaśnienie w tym trybie. Jak wynika bowiem z ust. 1 tego przepisu uzyskane wyjaśnienia mogą w konsekwencji uzasadniać i stanowić podstawę do poprawienia min. oczywistych omyłek pisarskich”.

W drugim wypadku, ZA wskazał, zdaniem Zamawiającego, iż za oczywista omyłkę pisarską można uznać błędnie podaną nazwę oferowanego produktu tylko wtedy, gdy taki produkt rzeczywiście nie istnieje. Uznał on, jak wskazuje Zamawiający za bezsporny fakt że w ofercie Odwołującego zaoferowana drukarka oznaczona była jako „Lexmark 4224 + moduł Marknet N70002e”. W ocenie Zespół Arbitrów zostało udowodnione, że drukarka taka nie istnieje i nigdy nie istniała. Drukarka o takim symbolu, ale bez oznaczenia plus (+) była produkowana przez firmę IBM. Bezspornym jest również, że parametry techniczne w ofercie Odwołującego w sposób jednoznaczny wskazują na drukarkę Lexmark 4227+. Dodatkową okolicznością to potwierdzającą jest fakt, że parametry z oferty są identyczne z parametrami ustalonymi przez Zamawiającego, jak również fakt, że wszyscy inni oferenci zaproponowali w swych ofertach drukarki Lexmark 4227+, skąd można domniemywać że rynek w tym segmencie drukarek jest bardzo ograniczony.

Zamawiający wskazuje także, iż w/w wyroku ZA był zdania, iż pojęcie oczywistej omyłki w branży komputerowej, w której mamy do czynienia niemal wyłącznie z literowymi bądź cyfrowymi skrótami musi być traktowane w sposób szczególny. W tym segmencie rynku bardzo łatwo jest poprzez zmianę jednej litery lub cyfry doprowadzić do wskazania innego urządzenia, a w konsekwencji do niedozwolonej istotnej zmiany oferty. Jednakże w przedmiotowym przypadku w sytuacji, gdy nie występuje żadna inna drukarka o parametrach technicznych podanych w ofercie wykonawcy dyskwalifikowanie oferty z powodu oczywiście błędnego wpisania jednej z cyfr oznaczających nazwę i symbol drukarki jest nieuzasadniony. ZA był zdania, że mamy tu do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, która wina być przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2. Na marginesie ZA, jak wskazuje Zamawiający zauważył, że gdyby drukarka była oznaczona symbolem np. Lemark 4227+ czyli również wskazywałaby na drukarkę nie istniejącą na rynku to niewątpliwie Zamawiający mając wiedzę na temat specyfiki tego segmentu drukarek potraktowałby błędne określenie nazwy producenta jako błąd oczywisty.

Na podstawie przytoczonych orzeczeń Zamawiający uznają istnienia szczególnej oczywistej omyłki pisarskiej w branży komputerowej.

Zamawiający uznaje, iż zauważona przez niego niezgodność w oznaczeniu oferowanych serwerów bazodanowych do obsługi kopii bazy danych, gdzie Wykonawcy na

skutek omyłki pisarskiej wpisali oznaczenie typu i modelu z dwóch różnych serwerów z serii system p POWER5. W ofercie producenta występują urządzenia o następujących oznaczeniach: 9110-51A (p5 510); 9116-561 (p5 560Q).

Na tej podstawie, Zamawiający uznaje, iż proponowany serwer o oznaczeniu „System p5 9116 model 51A” nie istnieje. Ponadto, dodatkową okolicznością przemawiającą za słusnością swojego działania uznaje fakt, iż parametry z ofert Wykonawców są identyczne z parametrami serwera „System p5 9110 model 51A”, jak również fakt, że większość Wykonawców zaproponowała w swych ofertach – serwer – System p5 9110 model 51A (9110-51A (p5 510)).

W dniu 29.04.2008 r. Protestujący na oddalenie protestu (otrzymane faxem 24.04.2008 r.) wniósł odwołanie (dowód wniesienia wpisu i koperta z dnia 29.04.2008 r.) do Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosi o: 1. uznanie oddalenia protestu za bezpodstawne i bezzasadne; 2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych przez konsorcjum S&T Services części złożonej oferty, które nie spełniają przesłanek kwalifikujących je jako tajemnicę przedsiębiorstwa; 3. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu treści ofert złożonych przez: ZSK Sp. z o. o.; Qumak-Sekom S.A.; konsorcjum ZETO; konsorcjum S&T Services; konsorcjum MAKRONET oraz konsorcjum B3 System; 4. w przypadku uwzględnienia wniosku zawartego w pkt. 3 – nakazanie Zamawiającemu odrzucenia, na podstawie art. 89 ust.2, ofert złożonych przez: ZSK Sp. z o. o.; Qumak-Sekom S.A.; konsorcjum ZETO; konsorcjum S&T Services; konsorcjum MAKRONET oraz konsorcjum B3 System; 5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów pełnomocnika Odwołującego. Odwołujący wskazuje, w uzupełnieniu zarzutów zawartych w proteście, iż z treści i uzasadnienia otrzymanego rozstrzygnięcia złożonego protestu wynika wystąpienie nowych okoliczności świadczących, iż w postępowaniu zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust.1 z ewentualnym naruszeniem ust.2, jak też – równocześnie – art. 89 ust. 1 Pzp.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując nieuprawnionych czynności naruszył przede wszystkim podstawowe zasady udzielania Zamówień Publicznych określone w art. 7 ust.1 oraz 2 Pzp w zakresie obowiązku równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenia postępowania z zapewnieniem bezstronności i obiektywizmu.

Odnosnie naruszenia art. 87 ust.2 Pzp., Odwołujący podtrzymując swoje stanowisko z protestu powołując się na wyroki ZA z dnia 06.01.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-2331/04 oraz z dnia 14.12.2006 r., sygn. akt: UUP/ZO/0-2907/06. Wskazuje, iż zgodnie z przyjętym orzecznictwem omyłka oczywista to taka, która jest bezsporna, nie budząca wątpliwości, co nie występuje w przedmiotowym przypadku. Podnosi, iż istotą uznania omyłki za oczywistą jest możliwość stwierdzenia jej bez specjalistycznej wiedzy, która to możliwość nie zachodzi

w tym przypadku. Uznaje, iż zastąpienie różnej treści ofert wykonawców – sześciu z jedenastu tekstem: „System p5 9110, Model 51A, IBM” za działanie bezzasadne i nie mające nic wspólnego z poprawieniem oczywistej omyłki pisarskiej. Odwołujący przyjmuje stanowisko, iż doszło do zmiany treści ofert poprzez zmianę symbolu oferowanego przez tych wykonawców sprzętu. Uważa, iż najjaskrawszym przykładem jest działanie Zamawiającego w ofercie konsorcjum B3System, gdzie treść: IBM p5 510Q 9116 Model 51A zastąpił treścią System p5 9110, Model 51A, IBM. Wskazuje na wynikającą z powyższego zmianę treści oferty po terminie składania ofert (art. 84 Pzp).

Względem powołanych w oddaleniu orzeczeń ZA, Odwołujący podnosi, iż zgodnie z poglądem doktryny i orzecznictwem omyłka pisarska, to błąd pisarski, który nasuwa się czytelnikowi sam przez siebie, gdy wynika z treści oferty, bez konieczności analiz kontekstu, bez potrzeby porównania treści oferty z treścią innych dokumentów. Omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Odwołujący wskazując wyrok SO w Katowicach z dnia 26.05.2005 r., sygn. akt: IV Ca 340/05 stwierdza, że oczywista omyłka pisarska jest niedokładnością nasuwającą się każdemu bez potrzeby przeprowadzenia dodatkowych badań lub ustaleń jako przypadkowe przeoczenie, jednakże właściwy sens przeoczenia jest nadal uchwytny. Nadto, za wyrokiem NSA z dnia 23.04.2001 r. na zasadzie analogii przytacza, iż błąd pisarski należy rozumieć, jako widoczne, wbrew zamierzeniu niewłaściwe użycie wyrazu, widoczne mylna pisownię albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego wyrazu. Z uwagi na powyższe, jednoznacznie odrzuca możliwość uznania dokonanych przez Zamawiającego zmian w treści ofert za poprawienie oczywistych omyłek. Na potwierdzenie zasadności odwołania w tym zakresie wskazuje również przykładowe orzecznictwo ZA: sygn. akt: UZP/ZO/0-8/05; UZP/ZO/0-1775/05; UZP/ZO/0-2862/06; UZP/ZO/0-97/05, czy też UZP/ZO/0-3082/05, gdzie Odwołujący był stroną i uznano jego zastrzeżenia w tożsamym przedmiocie zarzutu. Dodatkowo, Odwołujący powołuje się na wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14.04.2004 r., sygn. akt: II Akz 132/04, który stwierdził, iż sprostowanie omyłek pisarskich nie jest dopuszczalne wtedy, gdy ich „technologiczno-pisarski” charakter nie jest oczywisty, a sprostowanie błędnego zapisu w istocie rzeczy prowadzi nie do pozornej, lecz rzeczywistej ingerencji w materialną treść orzeczenia (czyt. oferty).

Odwołujący uznaje, iż działanie Zamawiającego jest nieuprawnioną ingerencją w treść złożonych ofert. Ponadto, uważa, iż dokonane zmiany świadczą na brak zgodności treści tych ofert z treścią SIWZ, co skutkuje koniecznością ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp. Stoi na stanowisku, iż samo stwierdzenie oferowania pierwotnie nie istniejącego sprzętu powinno powodować konieczność odrzucenia sprostowanych ofert.

Oдноśnie, naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp Odwołujący uznaje, iż rozstrzygnięcie protestu sprowadza się jedynie do wykazania jednoczesności wystąpienia przesłanek z art. 11 ust.4

u.z.n.k., przy znacznej nadinterpretacji poszczególnych zapisów tej ustawy Zdaniem Odwołującego, Zamawiający stara się wykazać, iż konsorcjum S&T Services zaoferowało szczególne rozwiązanie techniczne, technologiczne i handlowe składając ofertę na dostawę „... całkowicie nowego, nie użytkowanego..” sprzętu komputerowego, objętego jawnymi ofertami handlowymi ich producentów. Odwołujący uznaje, iż w danym postępowaniu brak jest przesłanek do uznania, że oferowany sprzęt a właściwie parametry sprzętu stanowią tajemnicę techniczną. Nie występował także, w jego opinii, wymóg złożenia jakichkolwiek dokumentów, zawierających tajemnicę technologiczną, czy też handlowe.

Odwołujący uznaje, iż Zamawiający winien ujawnić informacje dotyczące oferowanego sprzętu, które są informacjami standardowymi – informacjami przeważnie ogólnodostępnymi w przypadku jasno określonych typów i rodzajów sprzętu. Zastrzeżone dane, są danymi producenckimi i w pełni dostępnymi dla osób zainteresowanych nabyciem określonego typu i rodzaju sprzętu danego producenta. Utajnienie części ofert winno służyć ochronie własnego know-how Wykonawcy, czy też własności intelektualnej. Odwołujący uważa, iż utajnienie oferty konsorcjum S&T Services nie służy zabezpieczeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, a istniejąca możliwość została wykorzystana dla ochrony przed protestami innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał rzetelnego zbadania zasadności dokonanego zastrzeżenia. Uważa, iż Zamawiający podjął decyzję opierając się na braku zgody konsorcjum S&T Services na ujawnienie zastrzeżonej części ofert, opiera swój pogląd na piśmie z dnia 07.04.2008 r. Uznaje, iż brak merytorycznego stanowiska w tym względzie w przyłączeniu do protestu dokonanym przez w/w konsorcjum w piśmie z dnia 17.04.2008 r., świadczy o obronie przez Zamawiającego swojego stanowiska przy równoczesnym wyjaśnianiu działań Wykonawcy i przyczyn utajnienia jego oferty. Stoi na stanowisku, że Zamawiający winien ujawnić zastrzeżoną część oferty uznając dokonane zastrzeżenie za nieskuteczne i naruszające zaufanie do gospodarowania środkami publicznymi.

Odwołujący na koniec, uznaje, iż utajnienie posiadanych autoryzacji jest nie uzasadnione, gdyż stanowią one powód do splendoru dla jego posiadacza, a takie działanie stoi w sprzeczności z ogólnie przyjętymi zasadami gospodarki rynkowej.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu faxem - w dniu 29.04.2008 r.

Zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania protestacyjnego faxem w dniu 29.04.2008 r.

W dniu 07.05.2008 r. (wpływ bezpośredni do UZP) do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpiła - Lumena S.A. wskazała, iż ma interes prawny w uwzględnieniu odwołania, tak aby w wyniku tego jego oferta okazała się najkorzystniejsza, a Zamawiający zawarł z nim umowę realizacyjną.

W dniu 08.05.2008 r. (pocztą do UZP) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło – konsorcjum B3 System wnosząc o oddalenia odwołania. Wykazało doznanie naruszenia interesu prawnego w razie jego uznania przez Zamawiającego, zwłaszcza odnośnie oczywistej omyłki. Powołując się na art. 87 ust.2 Pzp oraz pismo z dnia 21.03.2008 r., w którym poinformował o okolicznościach, które spowodowały zaistnienie omyłki, co było podstawą jej poprawienia przez Zamawiającego, potwierdza iż jego oferta spełnia wymagania SIWZ i uznaje, iż brak jest podstaw do uznania zarzutów. Załącza pismo producenta wyjaśniające fakt zaistnienia omyłki w nazewnictwie serwera. W/w konsorcjum wskazało także, iż sprzęt, którego nazwa została poprawiona przez Zamawiającego jako oczywista omyłka jest de facto identyczny ze sprzętem zaoferowanym przez Odwołującego, tak więc niezasadne jest aby identyczny przedmiot oferty był rozróżniany na podstawie omyłki w nazewnictwie.

W dniu 15.05.2008 r. (wpływ bezpośredni do UZP) do postępowania odwoławczego przystąpiło - konsorcjum MAKRONET:

- do części zarzutów po stronie Zamawiającego (sprostowania omyłki pisarskiej w złożonej przez siebie ofercie)
- do części zarzutów po stronie Odwołującego (nie odtajnienia oferty złożonej przez konsorcjum S&T Services).

Wykazując swój interes prawny powołało się na fakt, iż jego oferta jest ważna i ma on szansę na realizację zamówienia.

W dniu 16.05.2008 r. do postępowania odwoławczego przystąpiło także - konsorcjum ZETO, jak również konsorcjum S&T Services po stronie Zamawiającego.

Kopie w/w przystąpień do postępowania odwoławczego zostały przekazane Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym: SIWZ, ofertami, dowodami przedłożonymi na rozprawie i po wysłuchaniu stron i uczestników postępowania na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności, skład orzekający Izby, odniósł się do zagadnienia interesu prawnego. Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż ma prawo do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji postępowania (zasada jawności), odmowa dostępu do oferty, czy jej części powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia (brak możliwości weryfikacji ofert konkurencji). Powyższe odnosi się również w zakresie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Postępowanie odwoławcze dotyczy czynności

dokonanych przez Zamawiającego przed oceną złożonych ofert, dlatego weryfikacja braku lub też istnienia interesu prawnego według rankingu miejsc na jakim znajduje się dana oferta, wobec nie dokonania jeszcze klasyfikacji jest nieuzasadniona i przedwczesna. Nadto, należy zauważyć, iż ewentualne nie oprostowanie powyższych czynności spowodowałyby, iż podnoszenie zarzutów, o których mowa w proteście i odwołaniu, po wyborze oferty najkorzystniejszej byłoby działaniem spóźnionym.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie ze względu na potwierdzenie się jednego z zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

Stosownie do treści art. 11 ust 4 u.z.n.k przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 03.10.2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00), wydanym na podstawie przywołanego przepisu, za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba podziela pogląd, iż: „Tajemnicę przedsiębiorstwa zdefiniowano w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., zaliczając do niej nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działanie w celu zachowania ich poufności. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na budowę systemu informatycznego wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, a więc nazwy (firmy), adresu, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, gdy informacje te są kryteriami oceny ofert. Analiza art. 8 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, iż pozostałe elementy oferty wykonawca może zastrzec, o ile stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Nieuzasadnione będzie jednak utajnianie przez wykonawcę wykazu części składowych, ponieważ urządzenia oraz obce licencje, oferowane przez wykonawców (.....), są powszechnie dostępne, choćby na stronie internetowej producenta. Nie można ich zatem uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, czy organizacyjne przedsiębiorstwa, bądź inne informacje, posiadające wartość gospodarczą.

Ponadto, brak jest również podstaw prawnych do utajnienia części oferty, która będzie podstawą do sporządzenia załączników umowy zawieranej z wykonawcą. Jednakże, sposób wyliczenia ceny, metodologia wdrożenia, opis funkcjonalny systemu, zawierający „know-how” wykonawcy, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, które powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia bada Zamawiający, a następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłącznie zakazu ujawnienia informacji, nie zaś odrzucenie oferty”. (Dodatek do miesięcznika „Przetargu Publiczne”, Nr 11 (24)/2007, Zamówienia Publiczne w pytaniach i odpowiedziach, część 6: „Zamówienia Informatyczne”, str. 15-16).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, co następuje:

Po pierwsze, zastrzeżony opis oferty technicznej będzie de facto stanowił załącznik do zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania umowy i jako taki będzie jawny wraz z umową na podstawie art. 139 ust.3 Pzp. Wskazuje na to zapis § 1 ogólnych warunków umowy (str. 11 SIWZ), gdzie mówi się, iż przedmiotem umowy jest dostawa przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego, całkowicie nowego, nie użytkowanego i nie regenerowanego uprzednio przedmiotu zamówienia, zgodnie z wykazem stanowiącym Załącznik nr 1 do niniejszej Umowy oraz jego transportem i rozładunkiem w miejscu wskazanym przez Zamawiającego na terenie Warszawy.

Po drugie, wymagane testy wydajnościowe są informacją ogólnie dostępną na stronach internetowych wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ oraz Odwołującego.

Po trzecie, dokumenty poświadczające autoryzację producentów są także powszechnie dostępnymi dokumentami, a na stronach internetowych Lidera Konsorcjum – firmy S&T Services - jak wykazał Odwołujący – zamieszczono listę podmiotów, z którymi firma ta współpracuje. Wśród tych podmiotów są również podmioty które wystawiały dla tego Konsorcjum dokumenty autoryzacyjne. Ponadto, Zamawiający nie wykazał, iż powyższe informacje nie są dostępne dla zainteresowanych na zwykłej dozwolonej drodze. W opinii składu orzekającego Izby, każdy zainteresowany może uzyskać do nich dostęp składając wniosek u producenta wydającego autoryzację.

Reasumując, powyższe informacje, co do których na stronach oferty technicznej Konsorcjum S&T Services zawarło zastrzeżenie w swojej ofercie, zostały ujawnione do wiadomości publicznej, o czym świadczy chociażby wskazanie w treści oferty Konsorcjum strony internetowej, z której pochodzą testy wydajnościowe (<http://www.tpc.org>). Powyższe potwierdza, że jedna z trzech w/w przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k nie została wypełniona, a tym samym informacja zastrzeżona w ofercie Konsorcjum nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust.3 Pzp, uznając konieczność uznania przez Zamawiającego zastrzeżenia za bezskuteczne. Dodatkowo, o słuszności powyższego stanowiska Izby, może świadczyć oświadczenie złożone podczas rozprawy przez umocowanego pełnomocnika konsorcjum S&T Services o odtajnieniu zastrzeżonej części oferty. Tego oświadczenia jednak Izba nie mogła wziąć pod uwagę z uwagi na treść art. 184 ust. 5 Pzp, z którego wynika, że Przystępujący (w tym przypadku konsorcjum S&T Services) nie może podejmować w toku postępowania odwoławczego czynności, które pozostawałyby w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (w tym przypadku Zamawiającego). Wobec niezmienności stanowiska Zamawiającego odnośnie zaniechania odtajnienia oferty konsorcjum S&T Services, Izba dokonała powyższych ustaleń.

W ocenie składu orzekającego Izby, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt: III CZP 75/05), Zamawiający w przypadku bezpodstawnego zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa powinien tę ofertę w zakresie, w którym zastrzeżenie to przekracza walor tajemnicy przedsiębiorstwa, zbadać i odtajnić, a nie opierać się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy. W ocenie Izby, Zamawiający nie ma prawa również odrzucać takiej oferty.

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 Pzp, skład orzekający Izby, uznał w/w zarzut za niezasadny.

W doktrynie przyjęto, iż omyka pisarska musi mieć walor oczywistości: błąd jest bezsporny, widoczny na pierwszy rzut oka i nie budzi wątpliwości. Za oczywistą omyłkę często uznaje się opuszczenie wyrazu lub jego fragmentu. Uwzględniając jednak specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przy ocenie ofert pod względem jej zgodności z treścią SIWZ, Zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę całość treści złożonej oferty, skład orzekający Izby uznał, że oczywistą omyłką pisarską należy rozumieć szerzej aniżeli tylko jako zwykłe przeoczenie.

Mając powyższe na uwadze, ustalony stan faktyczny, jak i treść złożonych w postępowaniu ofert, Izba uznała, że kluczowym dla stwierdzenia, czy w tym postępowaniu ma miejsce zasadne poprawienie oczywistych omyłek pisarskich, jest kwestia, czy miało miejsce poprawienie treści oferty, czy też tylko jego tekstu. Izba uznała, iż we wszystkich sześciu poprawionych ofertach zostały zaofertowane serwery p5 9110 o modelu 51 A (pomimo zapisu ofertowego serwer p5 9116 model 51 A), powyższe wynika wprost, tak z treści ofert, jak i wyjaśnień złożonych przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Twierdzenia Odwołującego, iż równie dobrze w kwestionowanych przez niego ofertach może chodzić o serwer p5 9116 nie jest zasadne, gdyż serwer ten nie

ma modelu 51 A, czyli nie istnieje. Jak wynika z treści wyjaśnień Wykonawców, których oferty Zamawiający w trybie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej poprawił, błąd we wskazanych ofertach (zamiast wskazania typu 9110 wskazano 9116) był wynikiem działań dostawcy serwerów (firma Avnet) podczas konwertowania pliku z konfiguracją serwera bazodanowego do postaci pliku arkusza kalkulacyjnego (załączone pismo AVNET z dnia 19.03.2008 r. do wyjaśnień treści oferty Zakładu Systemów Komputerowych – pismo z dnia 21.03.2008 r.) oraz stosowania przez producenta sprzętu (IBM) wewnętrznego nazewnictwa w zakresie tych serwerów (wydruk z konfiguratora producenta dla oferowanego produktu dla producenta załączony do wyjaśnień treści oferty firmy Qumak – Sekom SA pismo z dnia 21.03.2008 r.). Zasadnym i słusznym jest zatem, aby rozpatrywać rozumienie oczywistej omyłki pisarskiej w kontekście wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, jak i załączonych do niej dokumentów. Jeżeli parametry zaoferowane wskazują na dany serwer, to bezsprzecznie ma miejsce poprawienie tekstu oferty w nazwie, a nie treści oferty, tj. oświadczenia woli Wykonawcy. Zasadnym wydaje się także zastosowanie w tym zakresie art. 65 kc w związku z art. 14 Pzp i zasad wykładni oświadczeń woli.

Odwołujący w trakcie rozprawy nie zakwestionował, że serwer typu p5 9116 model 51 A nie istnieje. Argumentacja jego, dotycząca nieistnienia serwera, odnosiła się wyłącznie do serwera typu p5 9116, ale bez określenia modelu 51 A tego serwera. Skoro wykonawcy w swoich ofertach dookreślili oferowany model serwera (model 51 A), wskazując konkretne parametry techniczne tego serwera, odpowiadające istniejącemu na rynku serwerowi o nazwie p5 9110 model 51 A, zaoferowali Zamawiającemu ten właśnie model serwera.

Izba, w tym przedmiocie uwzględniła dowód – pismo z dnia 16.05.2008 r. Dyrektora Generalnego IBM Polska Sp. z o.o. W poczet dowodów nie została przyjęta ekspertyza z dnia 12.05.2008 r. złożona przez Odwołującego z uwagi na fakt, iż w swej treści odnosi się ona do wykładni przepisów Pzp, a nie kwestii istnienia serwera p5 9116 model 51 A. Ekspertyza ta ma charakter dokumentu prywatnego i może być rozpatrywana jedynie jako opinia podmiotu prywatnego w zakresie określonych kwestii interpretacyjnych.

Izba nie uwzględniła również jako dowodu w sprawie wyciągu ze strony internetowej IBM, złożonego przez Odwołującego w języku angielskim. Stosownie bowiem do treści § 18 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) wszystkie dokumenty w postępowaniu odwoławczym przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, powinny zostać przedłożone wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez tłumacza przysięgłego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego co do powołania biegłego na okoliczność istnienia innego niż oferowane w kwestionowanych ofertach serwera p5 9116, bowiem okoliczność ta okazała się bezsporną między stronami postępowania. Zamawiający

i Przystępujący po jego stronie nie kwestionowali, że inny serwer o tym typie (p 5 9116) funkcjonuje na rynku, wskazywali tylko na nie istnienie takiego serwera o modelu 51 A, czego – jak wskazano powyżej – Odwołujący nie negował.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zasadność działania Zamawiającego w trybie art. 87 ust.2 Pzp.

W związku z potwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W odniesieniu do zarzutów, które zostały podniesione dopiero na etapie odwołania, Izba uznała, iż z uwagi na art. 191 ust.3 zd. 1 Pzp będzie orzekać tylko w odniesieniu co do zarzutów zawartych w proteście.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*